JOSÉ EDUARDO FARIA

Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, Pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade (Cediso).

OS NOVOS DESAFIOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

E
347.998.4
F224
n

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Faria, José Eduardo, 1949-
Os novos desafios da justiça do trabalho / José Eduardo Faria. – São Paulo : LTr, 1995.

1. Justiça do trabalho 2. Justiça do trabalho - Brasil I. Título.

95-0282 CDU-347.998:331(81)

Índices para catálogo sistemático:
1. Brasil : Justiça do trabalho 347.998:331(81)

Produção Gráfica
LTR

Impressão
DAG

(Cód. 1166.1)

© Todos os direitos reservados

EDITORA LTDA.

Rua Apa, 165 - CEP 01201-904 - Fone (011) 826-2788 - Fax (011) 826-9180
São Paulo, SP - Brasil

1995

APRESENTAÇÃO

Quando comecei a publicar meus primeiros artigos sobre a formação técnico-profissional da magistratura brasileira e sobre os desafios enfrentados pelo Judiciário em face das transformações políticas, sociais, econômicas e culturais sofridas pelo País, ao longo das últimas décadas, alguns juízes trabalhistas me convidaram para participar de reuniões em suas associações de classe e para fazer palestras nos encontros regionais e nacionais de sua corporação. O que lhes interessava, basicamente, era avaliar a natureza e o papel do Direito do Trabalho em períodos de intensas e profundas mudanças sociais, econômicas e tecnológicas, com a preocupação de saber se as concepções doutrinárias então prevalecentes no País poderiam continuar sendo identificadas como a valoração do "social" frente aos imperativos "tecnicistas e economistas" da nova ordem econômica mundial. Até que ponto a tradicional proteção dispensada pela legislação trabalhista e pela Justiça do Trabalho ao "hipossuficiente" seria compatível com as formas de emprego, com os sistemas de produção e com as metas de crescimento de uma economia em fase de crescente globalização e mudança de seu paradigma tecnológico, eliminando as possibilidades de padrões autárquicos de crescimento? Uma vez que a expansão dessa economia implica a progressiva erosão das estruturas conceituais e institucionais em que até agora se sustentavam as relações trabalhistas, como poderiam os integrantes da Justiça do Trabalho forjar, aplicar e exigir o respeito a novas concepções jurídico-positivas de proteção, em termos de reposição salarial, manutenção do nível de renda, garantia da estabilidade no emprego, melhoria das condições de trabalho, formação profissional e participação tanto dos lucros quanto nas decisões das empresas?

8. O Direito do Trabalho como "direito social"

Embora a literatura jurídico-sociológica nem sempre seja precisa no tratamento da questão formulada ao final do último capítulo[1], não se pode desconsiderar a importância de modelos normativos capazes de fixar alguns parâmetros legais que, na pers-

(1) Com o advento do paradigma pós-fordista, as propostas e sugestões de mudança na ordem jurídica em vigor tendem a ser apresentadas mais pelas "organizações complexas" do que por membros do Estado. Como elas se preocupam em enfatizar a flexibilização do Direito do Trabalho, a redução das competências das instituições judiciais e a auto-resolução dos conflitos pelas próprias partes, esse seria o motivo pelo qual não haveria propostas consistentes e completas nos meios jurídico-políticos. As modificações (sugeridas) são equívocas e dúbias; (...) o mercado, por sua própria dinâmica, cria e transforma as relações de trabalho; isto não quer dizer que desapareça todo o espaço de regulação, mas que se abre um novo; (é por isso que) muitos analistas têm afirmado que se está apresentando uma substituição dos antigos princípios do direito trabalhista por uma reafirmação do conteúdo geral do direito civil; é justamente por esse motivo que a nova ordem jurídica aparece como um fato diretamente econômico". Cf. *Héctor Moncayo*, "Vamos hacia el derrumbre de la legislación laboral?" , *in* "El otro derecho: sociologia jurídica y ciencias políticas", Bogotá, Ilsa, 1992, n. 12, pp. 31-32. Ver, também, *Graciela Bensusan*, "Direito do Trabalho: seu papel na organização da dominação – o caso do México", *in* "Crítica do Direito e do Estado", Carlos Alberto Plastino org., Rio de Janeiro, Graal, 1984; *Régine Dhoquois*, "La vulgarisation du Droit du Travail", *in* "Annales de Vaucresson", Centre de Recherche Interdisciplinaire, 1985, n.23; *Gino Giugni*, "Juridification: Labor Relations in Italy", *in* "Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social Welfare Law", *op. cit.*; *Helmut Wiesenthal, Karl Hinrichs, Uwe Engfer* e *Claus Offe*, "Flexibilidade do tempo de trabalho e representação sindical de interesses: problemas de regulamentação", *in* "Trabalho e Sociedade"(...), *op. cit.*; *Benjamin Hunnicutt*, "La izquierda y el futuro del trabajo", *in* "El Futuro de Socialismo", *op. cit.*, n. 7; *Antonio Baylos*, "El redimensionamiento del Derecho del Trabajo en la actualidad: algunas piezas del modelo", *in* "Derecho del Trabajo: modelo para armar", *op. cit.*; *Antonio Rodrigues de Freitas Jr.*, "Segurança jurídica e desigualdade material: a justiça social como condição da democracia", *in* "Os direitos sociais e a Constituição de 88", *op. cit.*; e *Luís Carlos Amorim Robortella*, "As transformações do Direito do Trabalho", São Paulo, USP, tese de doutorado, 1994.

pectiva dos "direitos sociais" já anteriormente examinados, protejam os segmentos trabalhistas mais vulneráveis dos efeitos perversos e trágicos da "especialização flexível da produção", contendo o livre-arbítrio dos grupos empresariais em matéria de direitos de sobrevivência e seguridade. Identificar esses modelos, com o propósito de incorporá-los à cultura técnico-profissional de seus magistrados e assim renovar suas pautas hermenêuticas, é o caminho mais adequado para que a Justiça Trabalhista brasileira possa atuar com maior eficácia num contexto sócio-econômico integrado por assalariados na economia formal e regulada, trabalhadores sem a devida carteira assinada na economia informal e não regulada, por trabalhadores fixos e trabalhadores eventuais, por empregados em corporações tecnologicamente avançadas e empregados em empresas obsoletas, por funcionários da administração pública (direta e indireta) com inúmeras prerrogativas legalmente asseguradas e funcionários do setor privado sem direitos básicos efetivamente atendidos.

Postulando não existir alternativa a algum grau de interferência estatal no mercado do trabalho, pois as inúmeras combinações possíveis entre essas diferentes situações jurídicas e ocupacionais revelam distintas condições de trabalho, o que explica a existência no País de amplos contingentes de trabalhadores que ainda sequer tiveram reconhecidos seus direitos básicos e civis, esses modelos normativos configuram um tipo original de ordem jurídica. Trata-se de uma ordem capaz de adotar uma legislação potencialmente eficaz não pela simples institucionalização de regras irrealisticamente universais, mas sim por meio de uma conjugação entre direitos básicos e civis obrigatórios e direitos de sobrevivência e seguridade implementados de modo flexível, conforme as condições sócio-econômicas em vigor. Uma ordem que, em outras palavras, renunciaria à pretensão de regular de maneira exaustiva e uniforme a contratação coletiva e os conflitos dela decorrentes, intervindo diretamente com propósitos compensatórios nos casos envolvendo partes com posições sócio-econômicas desiguais e aceitando como válidos os procedimentos autoregulatórios das partes com poder sócio-econômico equivalentes — o que exige, evidentemente, a superação de toda atmosfera corporativista e estatal em que têm constituído, ao longo do tempo,

po, os próprios sujeitos da negociação[2]; no caso específico da auto-regulação pelas partes com força equivalente, a intervenção jurídica e judicial seria apenas indireta, mediante o estabelecimento de determinados limites para os mecanismos decisórios livremente forjados entre organizações empresariais e trabalhistas "complexas". Desenvolvendo uma engenharia normativa flexível, especialmente concebida para dar conta dos inúmeros problemas surgidos em contextos altamente diferenciados, essa ordem jurídica teria por objetivo socializar riscos, neutralizar perdas e atenuar diferenças, mediante tratamentos diversificados por parte do Executivo e da Justiça do Trabalho.

Com a institucionalização de uma ordem jurídica com essas características, a tradicional oposição entre interesses comuns, gerais e universais, por um lado, e interesses particulares, por outro, seria substituída pelo reconhecimento dos interesses coletivos, que transcendem os direitos individuais e impõem limites crescentes ao direito privado[3]. Como os interesses coletivos são interesses de grupos, empresas, corporações e classes com distintos graus de poder, recursos, organização técnico-administrativa e capacidade de iniciativa, ou seja, interesses conflitantes e muitas vezes excludentes entre si, a idéia de "interesse comum, geral e universal", tão cultivada nas concepções formalistas e le-

(2) Sem o atendimento dessa exigência, como observou *Antonio Rodrigues de Freitas Jr.* na leitura que fez das primeiras versões deste trabalho, a ordem jurídica aqui discutida correria o risco de ser reduzida a uma reiteração disfarçada do que já está previsto pelos artigos 619, 620 e 627 da CLT. Não têm sido os textos legais, diz ele, mas sim as sentenças normativas que costumam servir de parâmetro "inibidor" para as convenções coletivas. Exemplo disso seria o fato de que a hipótese prevista pelo inciso VI do artigo 7º da Constituição de 1988, tornando possível a redutibilidade do salário conforme "o disposto em convenção ou acordo coletivo", foi pouquíssimas vezes aplicada nos primeiros cinco anos de vigência desse texto.

(3) Nesse sentido, o tipo de ordem jurídica aqui discutida não complementaria ou aperfeiçoaria o direito hoje existente no País; ao contrário, ele o esvaziaria e o transformaria estruturalmente, na medida em que implica a substituição da adjudicação tradicional pela promoção de acordos baseados em sacrifícios e concessões mútuas, que se renovam continuamente; antes de se preocupar com a "certeza jurídica", o tipo de direito ora examinado enfatiza a "solidariedade" como um compromisso em torno do qual os comportamentos passam a ser socialmente aceitos, flexibilizando-se desta maneira a rigidez dos interesses juridicamente protegidos pelo direito privado.

listas de direito, já não pode mais ser concebida como uma espécie de "princípio totalizador" destinado a compor, integrar, harmonizar e organizar os distintos interesses individuais. "O bem comum não é encarnado no Estado ou na sociedade: é uma condição concreta e ideal ao mesmo tempo; concreta porque não pode existir enquanto os homens estão juntos; ideal, porque não corresponde a um estado, mas a um processo de produção de vida"[4]. Quanto mais rapidamente essa nova ordem jurídica se consolidar, mais a idéia de interesse comum, geral e universal cederia lugar à idéia de "interesse social", aqui especificamente encarada como um procedimento por meio do qual se torna possível obter a mediação, a arbitragem e, acima de tudo, o equilíbrio dos diferentes interesses coletivos em confronto.

A consecução desse equilíbrio depende, basicamente, da efetividade de uma importante "regra" no âmbito do sistema normativo, destinada a assegurar sua adequação à realidade sócio-econômica. São as "regras de julgamento", por meio das quais as normas e os conceitos jurídicos podem e devem ser interpretados num dado contexto social e num determinado período histórico; são essas regras que tornam possível identificar e compreender como, dentro de uma certa regularidade, vão ocorrendo mudanças quer no conteúdo quer no sentido das normas. Na lógica das regras de julgamento, o equilíbrio designa um juízo que permite ponderar a relação entre interesses divergentes e balancear tanto os direitos quanto as obrigações num determinado sistema social. Enfatizando uma idéia de escala, da média e de pesos e contrapesos, bem como pressupondo uma concepção "realista" de justiça, encarada como a distribuição e a alocação equitativa de vantagens, benefícios e prerrogativas, o julgamento em termos de equilíbrio acaba sendo sempre flexível e adaptável às mudanças sócio-econômicas ao longo da história. Como o que importa para o tipo de ordem jurídica ora em análise é o equilíbrio "sociológico" entre grupos, corporações e classes, seus princípios básicos têm um caráter basicamente procedimental, jamais

(4) Cf. *José Reinaldo de Lima Lopes*, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito", *in* "Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça", José Eduardo Faria org., *op. cit.*

podendo ser definidos por critérios *a priori*. O julgamento de uma ação ou de um processo pressuporia, assim, um padrão ou um equivalente social tanto para a mensuração dos interesses coletivos em confronto quanto para a própria resolução dos antagonismos deles decorrentes. Ao se constituírem em referências obrigatórias para a orientação de práticas sociais, econômicas e políticas, as regras de julgamento terminam por oferecer critérios hermenêuticos novos e originais para a magistratura trabalhista. São critérios que implicam uma "sociologização" da interpretação e aplicação das leis, na medida em que essa disciplina oferece aos juízes modelos de "normas" que se reportam a uma normalidade; ou seja, ao que é considerado aceitável, tolerável, admissível e consentido por parte da sociedade[5]; aplicar judicialmente essas normas, portanto, é promover a realização política de determinados valores, moldando e afetando a realidade sócio-econômica a partir de um dado projeto normativo, que esse tipo de ordem jurídica é capaz de expressar.

Ainda em fase de elaboração doutrinária, esse modelo de direito tem sido desenvolvido por juristas, sociólogos e economis-

(5) Essa é a razão pela qual a sociologia, e não mais a filosofia, hoje se apresenta como fundamento para os princípios gerais de direito; enquanto a filosofia propicia a busca de critérios transcendentais e metafísicos de medida, os quais são de difícil interpretação para serem aplicados em sociedades tão complexas, heterogêneas, divididas e conflitivas como a brasileira, a sociologia permite uma identificação mais precisa das expectativas e dos valores comuns dos diferentes grupos, comunidades, corporações e classes em sua própria realidade histórica. Graças aos princípios gerais de direito fundados e interpretados com base na sociologia é que as regras de julgamento dos direitos sociais tornam possível a relativização, no plano do direito contratual, de postulados como os da autonomia da vontade e da liberdade de disposição, e a valorização de uma nova concepção de responsabilidade, baseada mais em termos sócio-políticos do que em termos de valores últimos na perspectiva, por exemplo, do que costuma ser defendido e justificado pelas correntes jusnaturalistas. Ver, nesse sentido, *François Ewald*, "A concept of Social Law", *in* "Dilemmas of Law in the Welfare State", *op. cit.* Ver, também, *Julien Freund*, "Sociologie du Conflict", Paris, PUF, 1983; *Daniele Loschak*, "Droit, normalité et normalisation", *op. cit.*, e *Francine Soubiran-Paillet*, "Recours à des categories juridiques et juridiciarisation dans un conflit du travail", *in* "Droit et Société", Paris, LGDJ, 1989, n. 13. Para um exame destas idéias à luz do direito brasileiro, ver o ensaio de *Ronaldo Porto Macedo Jr.*, "Foucault: o poder e o direito", *in* "Tempo Social Revista de Sociologia da USP", São Paulo, 1990, vol. 2, n. 1, pp. 151-176.

tas de distintos matizes teóricos[6]. Como nos períodos de transformação estrutural é comum a ampliação da interdependência entre diferentes campos de análise que poderiam ser examinados separadamente nos períodos de estabilidade sócio-econômica, a literatura emergente vem, a partir das contribuições recentes da Sociologia Jurídica e da Sociologia do Trabalho, salientando cada vez mais a importância de uma visão multidisciplinar, ora valorizando modelos normativos dotados de um grande componente de participação popular conjugados com a produção de um direito que responda aos anseios sociais, ora formulando as bases legais de um corporativismo "social" capaz de delegar as prerrogativas de decisão a organizações privadas ou semipúblicas politicamente responsáveis, ora questionando a ideologia liberal-clássica subjacente à dogmática jurídica, ora enfatizando a busca de práticas jurídicas alternativas e "emancipatórias", ora desenvolvendo um direito "reflexivo" com um componente de "desregulação" em termos materiais e um componente de regulação "procedimental" em termos organizacionais, ora discutindo os dilemas da integridade sistêmica do direito contemporâneo em contextos sociais altamente diferenciados, ora explorando abordagens teóricas que concentram sua atenção na identificação dos múltiplos modos e formas de produção do direito.

O denominador comum dessa literatura, independentemente de suas divergências epistemológicas, metodológicas e ideológicas, é a opção por abordagens "realistas" do fenômeno jurídico. São abordagens que se sobrepõem àquelas condicionadas pelo iluminismo idealista, pelo positivismo normativista e pelo funcionalismo acrítico, a partir de pesquisas empíricas revelando como determinados textos legais dotados de grande coerência formal e

(6) O que tenho em mente são as contribuições paradogmáticas de *Philippe Nonet* e *Philip Selznick*, "Law Society in Transition: toward a responsive law", *op. cit*; *Lawrence Friedman*, "Legal culture and the Welfare State"; *François Ewald*, "A concept of Social Law"; *Alberto Febrajo*, "The rules of the game in the Welfare State"; e *Gunther Teubner*, "Strategie models of post-regulatory law", todos *in* "Dilemmas of law in Welfare State", Gunther Teubner org., *op. cit.*; e *Spiros Smitis*, "Juridification of Labor Relations"; *John Clark*, "Juridification: an universal trend?"; e *Gino Giugni*, "Juridification: Labor Relations in Italy", todos *in* "Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social Welfare Law", *op. cit.*

grande rigor lógico por si só não asseguram nem a segurança do direito nem a institucionalização da democracia. Recusando o logicismo abstrato legado pelos codificadores do século XIX e reformulando tanto os conceitos excessivamente fechados quanto as categorias tipificantes herdadas do liberalismo jurídico-político, essas abordagens têm revelado a necessidade de uma maior flexibilização estrutural dos sistemas jurídicos – condição fundamental para a formulação de um direito simultaneamente válido, legítimo e, acima de tudo, eficaz; uma flexibilização capaz de propiciar a substituição de uma "legitimidade legal-racional" cada vez mais inadequada aos imperativos e às especificidades das sociedades heterogêneas e contraditórias, como a brasileira, por uma "racionalidade de conciliação"[7]. Dessa maneira, segundo tais abordagens, a plenitude de um ordenamento constitucional nas sociedades caracterizadas por uma intrincada dialética de transformações e ajustes de suas condições econômicas, de suas pautas culturais e das resistências sociais somente seria possível quando ele conseguisse equilibrar uma dupla exigência.

A primeira é de natureza sistêmica e diz respeito à elaboração de uma ordem jurídica aberta e flexível, porém minimamente coerente do ponto de vista de sua articulação interna; uma ordem em condições de reconhecer e preservar a complexidade das diferentes racionalidades normativas dos múltiplos grupos e setores sociais, viabilizando assim, sem perder a capacidade diretiva das formas jurídicas, a formulação de estratégias de entendimento recíproco entre eles. A segunda exigência é de caráter pragmático e diz respeito à institucionalização das soluções "aceitáveis" no âmbito dos valores morais, econômicos e políticos comuns aos diferentes grupos e setores sociais; soluções essas cuja formulação, em países como o Brasil, estão ainda a

(7) Cf. *Helmut Willke*, "Societal guidance through law", *in* "State, Law, Economy as Autopoietic Systems", Gunther Teubner org., *op. cit.*; e "Three types of legal structure: the conditional, the purposive and the relational program", *in* "Dilemmas of Law in the Welfare State", Gunther Teubner org., *op. cit.*; *Brian Bercusson*, "Economic policy: State and private ordering", *in* "Law as an Instrument of Economic Policy", Terence Daintith org., *op. cit.*, e *Gunther Teubner*, "Hypercicle in law and organization: the relationship between self-observation, self-constitution and autopoietic", *in* "European Yearbook in the Sociology of Law", *op. cit.*

exigir um intrincado aprendizado democrático que décadas de populismo e autoritarismo não tornaram possível – entre outros motivos porque as regras democráticas em vigor, longe de se sustentarem em justificativas ou princípios capazes de transcender as conjunturas políticas eventualmente adversas, continuam tendo como marco básico de referência seu próprio processo de positivação a partir de lutas antiautoritárias[8].

Segundo as concepções jurídicas emergentes e ainda em fase de aprofundamento teórico, se por um lado é impossível negar a existência de conflitos trabalhistas coletivos tensos e explosivos, por outro é possível desenvolver mecanismos jurídico-institucionais destinados a permitir que essa tensão e essa explosividade sejam "canalizadas" por procedimentos decisórios de natureza "corretiva" e "compensatória", propiciando a todos os grupos, partes e cadeias produtivas as condições para que possam negociar suas diferenças e conciliar – no que for possível – seus interesses. Essas concepções emergentes de direito se destacam por recusar o principal papel atribuído pelo normativismo legalista ao direito positivo, no sentido de "negar" esses conflitos, "desideologizando-os". Reconhecendo o caráter "classista" desses conflitos e ao mesmo tempo afirmando que não mais se pode pensar nos termos de um sistema de classes homogêneas e/ou de subsistemas coerentemente agregáveis, tais concepções afirmam que o déficit de normas jurídicas materiais, no âmbito de um Estado que chegou aos limites estruturais e funcionais de sua capacidade de decisão e controle, poderia ser compensado por uma regulação dos processos de participação; uma regulação capaz de responder as questões relativas a quem pode participar, a como participar e acerca de que matérias; uma participação que implicaria mecanismos de "ajustes" aptos a equacionar alguns dos fatores básicos da estratificação e a compensar as desigualdades de poder efetivamente existentes na sociedade.

Os juristas brasileiros ainda têm, a meu ver, grande dificuldade para entender a realidade complexa e heterogênea de um país que sofreu as transformações sociais, econômicas, políti-

(8) Discuto esta questão com mais vagar em "Direito e economia na democratização brasileira", São Paulo, Malheiros, 1993, cap. 1º.

cas e culturais já mencionadas na primeira parte deste trabalho, culminando em perversos dualismos estruturais e dependendo de políticas públicas compensatórias como condição *sine qua non* para o desenvolvimento de linhas mínimas de solidariedade, de agregação de interesses e de correção dos desequilíbrios setoriais e regionais. São, como também disse anteriormente, transformações profundas que, caracterizando-se por uma espécie de "corporativização" da vida social através da expansão das competências e da crescente autonomia das grandes organizações, indicam a ruptura das fronteiras clássicas entre as esferas públicas e privadas, a erosão do caráter público, genérico, impessoal, abstrato e positivo das leis e das regulamentações, a ação de um Estado informal paralelamente ao Estado formal, a ampliação das jurisdições *ad hoc* nos "anéis burocráticos" do Estado e a emergência de uma legislação que institucionaliza *ex post* acordos firmados a partir de situações de fato, substituindo assim a imagem do grande contrato "rousseauniano" – tão grato ao pensamento jurídico de caráter normativista – por uma rede de negociações permanentes entre múltiplos contratos sociais, regionais e setoriais.

Nesse intrincado cenário, é evidente que a defesa reiterada da clássica concepção liberal do Judiciário como um poder neutro, técnico, reativo, profissionalizado, hierarquizado e voltado à resolução de problemas de justiça comutativa-retributiva conduz a magistratura a uma visão por vezes equivocada do seu papel e das funções da própria instituição a que servem. Nos burocratizados tribunais, cujos integrantes em sua grande maioria parecem continuar acreditando que os conflitos podem ser solucionados pelo simples apego a certas formas e/ou pela ritualização de certos atos, a crescente demanda por direitos sociais, colocando em questão o processo global da apropriação e distribuição das riquezas, passou a dificultar a rotina de aplicação da lei. Nessas demandas, por exemplo, quem é, de fato, a parte contrária? Mesmo que possam apresentar réus determinados (um órgão governamental da administração direta, uma concessionária de serviços públicos, uma estatal, uma entidade patronal etc.), essas demandas dizem respeito à organização social como um todo, eventualmente concretizada num litígio. Como pelos mecanismos pro-

cessuais tradicionais as discussões continuam sendo promovidas pelo signo do confronto de vontades, de interesses e de atores individualizados (ainda que sob a forma de sindicatos, corporações etc.), a magistratura revela-se sem saber como proceder diante dessas demandas por direitos sociais novos e pela formulação do sentido e do alcance dos direitos antigos, envolvendo disputas em torno de bens coletivos que não são o interesse do Estado, nem dos detentores de espaços privilegiados nos meios de comunicação. Convertida em árbitros de problemas que o sistema representativo por diversas razões não equacionou, e tendendo a julgar com critérios de justiça comutativa-retributiva questões de justiça distributiva, a magistratura vê comprometida a homogeneidade de uma cultura técnico-profissional enraizada em todas suas instâncias.

Esse é o motivo pelo qual as iniciativas de movimentos sociais, políticos, comunitários e religiosos, que tiveram nos anos 70 e 80 uma influência decisiva na conscientização de determinados segmentos sociais de seus direitos, estimulando-os a bater nas portas do Judiciário para concretizá-los e desse modo convertendo as instituições judiciais em arenas de conflitos distributivos, obrigaram certos segmentos da magistratura a refletir um pouco mais sobre suas responsabilidades. Por atuarem de modo mais próximo da sociedade, são alguns juízes de primeira instância os que melhor perceberam a importância dessa reflexão. No cotidiano dos escalões inferiores da Justiça, são os magistrados lotados no interior e nas periferias miseráveis das regiões metropolitanas os que sofrem o choque mais direto das contradições entre o sistema jurídico-positivo e as condições reais da sociedade. Um sistema que, desde a promulgação da Constituição de 1988, viu expandir tanto o escopo dos direitos sociais quanto um padrão descentralizado de intervenção pública na área social, envolvendo mudanças significativas na estrutura tributária e nas atribuições do Estado[9]; mudanças que, embora tenham ampliado formalmente o alcance da proteção dos direitos sociais e trabalhistas, na prática não são efetivadas por falta de leis complementares e/ou por uma mentalidade judicial obcecada pelos procedimentos formais.

(9) No âmbito da educação, por exemplo, a Carta de 88 reafirmou o direito ao ensino básico, não mais prevendo sua prescrição quando se ultrapassa uma faixa etária específica; estabeleceu para ele uma destinação de 50% dos recursos públicos; propôs a erradicação do analfabetismo em dez anos; enfatizou a extensão gradativa do caráter obrigatório do ensino secundário etc.; no âmbito da seguridade social, definiu a saúde como um "direito de todos e dever do Estado"; ampliou as concepções relativas à previdência e assistência; criou um novo esquema de financiamento apoiado em fundo e orçamento únicos; redefiniu os planos de benefícios e universalizou a cobertura e o atendimento; concedeu o benefício de um salário mínimo ao idoso sem meios para sua própria manutenção; previu a equidade na forma de participação do custeio; autorizou a descentralização e a democratização da gestão, mediante participação comunitária etc., no âmbito do trabalho, reduziu a 6 horas os turnos de revezamento; criou um adicional de férias; estendeu o FGTS a todos os trabalhadores; ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos; concedeu aos inativos os benefícios concedidos aos ativos; manteve o direito dos empregados à participação nos lucros etc. no âmbito da família, obrigou o Estado a promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente; reforçou a proteção à maternidade no Estado para 120 dias o prazo da licença-gestante; previu programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental; aumentou de 12 para 14 anos a faixa etária para a qual se proíbe o trabalho; garantiu os direitos previdenciários e trabalhistas do menor; e impôs "brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa de liberdade". Como afirma *Sônia Draibe*, "a implementação dessas medidas e decisões ficou quase que totalmente comprometida com a aceleração da crise econômica; (...) com exceção dos direitos trabalhistas e da previdência social, que vêm apresentando resultados satisfatórios na implementação das novas medidas, todas as outras estão estagnadas, afetadas pelas brutais restrições financeiras do setor público". Cf. *Sônia Miriam Draibe*, "Qualidade de vida e reformas de programas sociais: O Brasil no cenário latino-americano", *op. cit.*, pp. 23-26.

Essa é uma das razões do dilema hoje enfrentado pelo Judiciário brasileiro: cobrir o fosso entre esse sistema jurídico-positivo e as condições de vida de uma sociedade, como se afirmou antes, com 40% de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza, em condições sub-humanas, na consciência de que a atividade judicial extravaza os estreitos limites do universo legal, afetando o sistema social, político e econômico na sua totalidade. No entanto, apesar da compreensão de alguns juízes e da boa vontade de outros, os avanços não têm sido significativos — ao menos não há pesquisas empíricas reveladoras disso. Por causa de sua cultura normativista, as cúpulas do Judiciário, que detêm o poder de controlar a ascensão profissional das bases, resistem

a interpretações "praeter legem" no plano dos direitos sociais. Por causa de sua mentalidade dogmática, elas tendem a considerá-los como uma distorção das funções judiciais, como uma ameaça à "certeza jurídica" e como uma perversão à "segurança do processo". É difícil prever por quanto tempo mais as cúpulas judiciais continuarão resistindo à reflexão dos problemas e do dilema aqui apontado. Mas a verdade é que, por experiência própria, por uma lenta aprendizagem, por uma conscientização progressiva, por erros e acertos, os aplicadores do direito nas instâncias inferiores das instituições judiciais estão descobrindo que o juiz jamais é totalmente neutro e que a Justiça não é exclusivamente técnica[10]; eles estão aprendendo que, apesar do rigor lógico-formal imposto pelo normativismo no trabalho judicial, as técnicas interpretativas de caráter exegético jamais são suficientemente amplas para eximi-los de algum poder criativo. Fixar o sentido e o alcance de uma determinada lei, na sua aplicação a um caso concreto, sempre implica um certo poder normativo não muito distinto daquele existente no próprio ato de legislar.

Essa insuficiência, em termos de uma "cultura hermenêutica" mais ampla e abrangente do que aquela tradicionalmente oferecida pelo normativismo positivista, torna-se particularmente grave numa sociedade como a brasileira, cuja ordem jurídica é cada vez mais "polissêmica". Ou seja: uma ordem com um grande número de conceitos tópicos, indeterminados e programáticos, destinados a dar a sujeitos de direito desigualmente situados, em termos sócio-econômicos e geo-ocupacionais, a falsa idéia de um "acabamento" lógico, harmonioso, uniforme e unívoco de um sistema legal formalmente concebido como sendo capaz de traduzir "interesses comuns" a partir de uma "vontade geral". Preparado basicamente para lidar com questões rotineiras e triviais, o Judiciário

(10) Para um exame de como costuma se dar esse processo de aprendizagem e conscientização por parte dos magistrados, e seu respectivo impacto na transformação da jurisprudência, ver François Ost, "Quelle Jurisprudence, pour quelle societé?", *in* "Archives de Philosophie du Droit", Paris, Sirey, 1985, t. 30. Ver, também, *M. A. Cattaneo*, "Considerazioni sul significato dell'espressione i giudici creano diritto", *in* "Rivista Internazzionale di Filosofia del Diritto", 1966, pp. 250 e sgs.; e *M. Brutti*, "I giudici, le regole, l'illegalitá", *in* "Democrazia e Diritto", 1986, n. 4-5, pp.7 e sgs.

brasileiro, diante das transformações discutidas ao longo deste trabalho, agora se descobre hesitante em face dos novos tipos de conflito e das situações não-rotineiras; hesitação essa que tende a aumentar à medida que, obrigados a interpretar e aplicar os direitos sociais estabelecidos pela Constituição, os juízes enfrentam o desafio de definir o sentido e o conteúdo das normas programáticas que expressam tais direitos ou considerar como não-vinculante um dos núcleos centrais do próprio texto constitucional. É aí, justamente, que se percebe como os direitos sociais não têm sido tornados efetivos por um Judiciário perplexo diante dos "conflitos-limite" para a manutenção da integridade social.

A inefetividade das instituições judiciais diante desses conflitos vem abrindo caminho para uma crise de legitimidade de todo o Judiciário, decorrente tanto de fatores internos, como o anacronismo de sua estrutura organizacional e o esclerosamento da maioria de seus ritos processuais, quanto de fatores externos, em face da insegurança de muitos segmentos sociais com relação à aplicação de certas leis, em detrimento de outras. A neutralização dessa crise exige um amplo processo de oxigenação doutrinária e de renovação das pautas hermenêuticas – processo esse que, se por um lado já é perceptível entre alguns magistrados de primeira instância, por outro continua distante dos tribunais superiores, que permanecem confundindo as dificuldades da instituição com simples limitação de recursos orçamentários e de equipamentos informatizados. Falta-lhes, como afirmava *Cappelletti* ao analisar esse problema a partir do contexto italiano, a compreensão adequada dos novos institutos jurídicos e, principalmente, das complexas situações econômicas, sociais e políticas sobre as quais o Estado é obrigado a atuar. "Mais cedo ou mais tarde, no entanto, (...) os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ramo; e então será difícil para eles não dar a própria contribuição(...), o que podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar"[11].

(11) Cf. *Mauro Cappelletti*, "Juízes legisladores?", Porto Alegre, Sérgio Fábris editor, 1992, pp. 41-51.

O que se tem visto no País, contudo, é que o Judiciário brasileiro continua mantendo uma postura contemporizadora diante do advento dos direitos sociais e dos problemas gerados pelas transformações econômicas examinados nos capítulos anteriores[12].

(12) Invocando a independência dos poderes na melhor tradição da democracia liberal clássica e esquecendo-se de que também é parte fundamental do Estado, o Judiciário se tem furtado a enquadrar o Executivo – uma inércia que se dá, justamente, no momento em que este poder, a pretexto da resolução de sua crise fiscal e de sua rendição aos imperativos categóricos do paradigma da "especialização flexível da produção", vem promovendo cortes drásticos em suas políticas públicas e, sob a forma de programas de privatização nos campos da saúde, educação e previdência, fugindo de suas obrigações sociais. Ver, nesse sentido, *José Reinaldo de Lima Lopes*, "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito", *in* "Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça", *op. cit.*

9. Os novos desafios da Justiça do Trabalho

No caso específico da Justiça do Trabalho, sua cúpula vem atuando de uma forma um tanto ambígua nestes últimos anos. Ora ela tem sido acusada de "dificultar" a implementação e a execução das políticas governamentais, por meio de acórdãos "generosos" em matéria de greves e reajustes salariais, ora tem sido acusada de "facilitá-las", por meio de decisões "restritivas"[1] tomadas muitas vezes em descompasso com o alcance e o espírito

(1) Exemplo ilustrativo dessa ambigüidade e das polêmicas por ela causada é o comportamento do Tribunal Superior do Trabalho entre 1986 e 1990, quando a economia brasileira foi objeto de vários planos de estabilização. Em 1987, ao julgar o dissídio coletivo dos funcionários do Banco Central, Banco do Brasil, Petrobrás e Caixa Econômica Federal, a corte, por influência de seu então presidente e magistrado mais antigo, Marcelo Pimentel, estabeleceu um índice de aumento salarial bem superior ao fixado pelo governo, sendo acusada pelo titular da pasta da Fazenda, Bresser Pereira, de "desestruturar" seu programa de ajuste macroeconômico. "Estamos vivendo uma fantasia financeira, uma desordem econômica que está ajustada a um país que não é o Brasil; vivemos uma farsa", replicou Pimentel, sob aplauso dos trabalhadores. Do entrechoque resultou a queda de Bresser. Cf. "Jornal da Tarde", edição de 14.10.87, e "Jornal do Brasil", edição de 17.12.87. No ano seguinte, após ter colidido pelos mesmos motivos com seu sucessor, Maílson da Nóbrega, Pimentel foi objeto de um contundente editorial do "Jornal da Tarde". "Esquecendo-se de que o cargo que ora ocupa tem uma dimensão essencialmente técnica, implicando portanto uma neutralidade em face das questões políticas, o presidente do TST não apenas se comportou como se fosse portador de um mandato parlamentar, como fez o que pôde para favorecer reivindicações egoístas dos diferentes setores e escalões de nossa nomenclatura. E agora, mais uma vez despindo-se da toga, agiu novamente em favor do segmento mais privilegiado do universo estatal, o funcionalismo do Branco do Brasil (...). Por mais que sua decisão tenha tido o devido embasamento legal, o fato é que ela simplesmente liquida com as desesperadas tentativas do ministro Maílson da Nóbrega de conter os abusivos gastos do governo federal com o custo de sua própria máquina administrativa, fator diretamente responsável pela explosão das taxas de inflação e pelo risco de uma completa desorganização do sistema econômico. Do mesmo modo como no final do ano passado, o ministro Marcelo Pimentel vem utilizando novamente suas prerrogativas como magistrado não necessariamente para aplicar as normas vigentes a ca-